



IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.

ISSN: 1870-2147

revista.ius@hotmail.com

Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C.  
México

Carrera Silva, Liliana

La acción de tutela en Colombia

IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C., vol. V, núm. 27, junio, 2011, pp. 72-94

Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C.

Puebla, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=293222188005>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

## La acción de tutela en Colombia\*

### *The Action of Guardianship in Colombia*

Liliana Carrera Silva\*\*

#### RESUMEN

*La acción de tutela consagrada en la Constitución colombiana de 1991 es, sin duda, uno de los dispositivos jurídicos más revolucionarios dentro la trayectoria del llamado "nuevo constitucionalismo latinoamericano". Este artículo, además de reparar en el avance democrático que ha supuesto esta garantía constitucional en Colombia —al materializar la eficacia de los derechos constitucionales en el día a día de los ciudadanos—, se detiene en su marco jurídico y hace una breve descripción de algunas de sus características procesales..*

**PALABRAS CLAVE:** Acción de tutela, garantía constitucional, marco legal, características, legitimación procesal.

#### ABSTRACT

*Guardianship action embodied in the Constitution of Colombia in 1991 is undoubtedly one of the most revolutionary legal devices in the path of the "New Latin American constitutionalism." This article, in addition to recognizing the democratic progress that has brought this constitutional guarantee in Colombia, to realize the effectiveness of the constitutional rights of everyday citizens, stopping in its legal framework to give a brief description of some of its procedural features.*

**KEY WORDS:** Action of guardianship, constitutional guarantee, legal framework, characteristics, procedural legitimacy [*locus standi*].

---

\* Recibido: 20 de febrero de 2011. Aceptado: 25 de abril de 2011.

\*\* Consultora en Latinoamérica de la Fundación Centro de Estudios Políticos y Sociales.  
(carreraliliana@hotmail.com).

## Sumario

1. Introducción
2. Origen y repercusiones de la acción de tutela en Colombia
3. Régimen constitucional y legal de la acción de tutela colombiana
  - A) Consagración constitucional
  - B) Régimen del Decreto Extraordinario o de facultades extraordinarias No. 2591 del 19 de noviembre de 1991
4. Características de la acción de tutela
  - A) Subsidiaria
  - B) Especificidad de la acción de tutela y derechos objeto de tutela
  - C) Características de preferente, sumaria y eficaz de la acción de tutela
5. Legitimación activa y pasiva
  - A) Legitimación activa
  - B) Legitimación pasiva y actos impugnables mediante acción de tutela
6. A manera de conclusión

## 1. Introducción

Aunque el objeto de este escrito fundamentalmente va dirigido a realizar una descripción puramente jurídica de la llamada acción de tutela consagrada en la Constitución colombiana de 1991, nos resulta especialmente propicio —dentro del actual marco constitucional latinoamericano— contextualizar más profundamente la carta constitucional colombiana en la que viene enmarcada, justificando tal vez así su fuerza transformadora en este país.

A nuestro juicio, la Constitución colombiana de 1991 hace parte de un fenómeno más amplio al que se le viene identificando doctrinariamente como el “nuevo constitucionalismo latinoamericano”,<sup>1</sup> el cual suele ser definido como un proceso-“trayectoria”, que desde la década de los noventa fue adquiriendo identidad propia en esta parte del continente y que supone un cambio de paradigma constitucional impregnado —de forma especialmente novedosa— de la legitimidad que le imprimieron las asambleas constituyentes que les dieron vida.

El nuevo constitucionalismo latinoamericano describe así el derrumbe del tradicional Estado de derecho para dar paso al surgimiento de un Estado constitucional o, en otras palabras, la sustitución del “principio de legalidad” por la

<sup>1</sup> MARTÍNEZ DALMAU, RUBÉN. “El proyecto de Constitución de Ecuador como último ejemplo del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en *Entre voces*, No. 15, agosto-septiembre de 2008, pp. 67-71.

prevalencia del “principio de constitucionalidad”, lo que supone a su vez aceptar la activación, esta vez fortalecida, de todos los derechos que la Constitución consagra, su redefinición y la de sus garantías. Estamos pues hablando de un escenario donde la Constitución, sus principios, derechos y las garantías, lo “invaden” todo,<sup>2</sup> arrogándose ahora el poder de exigir que toda expresión política, social, jurídica, pública o privada, se amolden necesariamente a ellos.<sup>3</sup>

Hace parte de esta transformación constitucional latinoamericana la incorporación de dispositivos jurídicos que garanticen el total sometimiento de las expresiones de poder —cualquiera que sea su origen, público o privado—, a la Constitución y puntualmente a los derechos en ellas incorporados. La acción de tutela consagrada en la Constitución colombiana de 1991 es un ejemplo claro de dichos dispositivos.

Por otra parte, y partiendo de que cuando hablamos del nuevo constitucionalismo latinoamericano damos por descontado que los cambios conceptuales vienen acompañados igualmente de transformaciones institucionales,<sup>4</sup> la consagración de la acción de tutela como garantía procesal de los derechos fundamentales vino acompañada de la creación de la Corte Constitucional colombiana como un organismo constitucional adscrito a la rama judicial del poder público y encargado de asegurar la integridad y la supremacía de la Constitución. Su creación fue considerada necesaria por la Asamblea Nacional Constituyente, entre otras razones, porque un nuevo Estado constitucional exige la existencia de un juez especializado en la interpretación y garantía de la efectividad de los derechos constitucionales y, en general, de sus cláusulas.

Una vez realizada dicha precisión, pasemos a describir la estructura que va a seguir este escrito. Después de hacer una breve referencia al origen histórico y las repercusiones de la acción de tutela en Colombia, nos adentraremos ya en su texto constitucional con el fin de analizar su consagración en el artículo 86 de la carta. Desde el análisis de su Decreto reglamentario, nos detendremos en las características de la acción de tutela. A partir de ellas, desarrollaremos algunos aspectos sobre su procedencia (subsidiariedad) y sobre los derechos objeto de la misma (especificidad). Para finalizar, analizaremos la legitimación activa y pasiva de la acción, legitimación esta última desde la cual daremos un breve repaso a los actos impugnables a través de la misma.

<sup>2</sup> GUASTINI, RICCARDO. *Estudios de teoría constitucional*, Fontamara, México, 1999.

<sup>3</sup> MARTÍNEZ DALMAU, RUBÉN. “Los nuevos paradigmas constitucionales de Ecuador y Bolivia”, en *Tendencia*, No. 9, marzo-abril de 2009, p. 37.

<sup>4</sup> GARGARELLA, ROBERTO. “El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes”, en *Revista Todavía*, No. 21, mayo de 2009.

## 2. Origen y repercusiones de la acción de tutela en Colombia

Tal vez el antecedente político más próximo a la promulgación de la Constitución colombiana de 1991 que da vida a la acción de tutela fue la fallida reforma constitucional en 1988 y el consiguiente surgimiento de un movimiento estudiantil que cambió el rumbo constitucional del país casi inesperadamente. La negativa a dicha reforma constitucional tiró por tierra la incorporación de la democracia participativa al texto constitucional de 1886 (entre otras cosas), lo que llevó al movimiento estudiantil universitario a proponer la convocatoria de una asamblea constituyente que renovara el consenso constitucional. El mecanismo utilizado fue la inclusión de la denominada “séptima papeleta”<sup>5</sup> en las elecciones de 1990. Aunque la iniciativa no fue aceptada oficialmente por el Consejo Electoral colombiano, a la postre se contabilizó extraoficialmente dicha votación reconociendo finalmente la Corte Suprema de Justicia su validez, ante la clarísima mayoría que apoyó la convocatoria. Así, en diciembre de 1990 se eligieron democráticamente a los representantes de la Asamblea Nacional Constituyente, la cual promulgó la nueva Constitución en 1991.

Esta Constitución vino a remplazar a la carta fundamental de 1886. Aunque dicha texto fue objeto de varias reformas en su proceso de adaptación a las nuevas realidades económicas, políticas y sociales del país, lo cierto es que durante sus más de 100 años de vigencia —y desde una perspectiva comparada del derecho procesal y constitucional relativa a los derechos humanos— no se produjo en Colombia ningún acercamiento o aproximación real a las instituciones del derecho de amparo hasta 1991. Esto resulta especialmente contrastante si se compara con el desarrollo que dichas instituciones tuvieron en países como México, Venezuela, Brasil o Argentina, en donde la justicia constitucional y las instituciones de amparo —puntualmente con efectos interpartes— resultaban para aquel entonces ya un hecho.<sup>6</sup>

Hasta 1991 este incomprensible apego al formalismo jurídico tradicional y reaccionario colombiano, impregnó sistemáticamente de sospecha cualquier intento de reconocimiento de instrumentos procesales autónomos, específicos y directos de protección de los derechos constitucionales. Sin duda, desde su instauración en la Constitución de 1991 (y no obstante sus detractores, la resistencia política e incluso judicial a la misma), la acción de tutela se ha convertido

<sup>5</sup> Se denominó de esta manera porque era un voto (papeleta) adicional a las 6 existentes oficialmente para aquellas elecciones: Senado, Cámara de Representantes, Asamblea Departamental, gobernador, Consejo Municipal y alcaldes.

<sup>6</sup> ORTIZ GUTIÉRREZ, JULIO CÉSAR. “La acción de tutela en la Carta Política de 1991”, en *Revista Jurisdictio*, Bogotá, d.c., No. 1, año 1, segundo semestre de 2006.

en la más importante institución procesal de rango constitucional en la historia colombiana; ha supuesto una verdadera revolución judicial que ha traído aparejada el avance democrático más tangible en el país al materializar la eficacia de los derechos constitucionales en el día a día, en la cotidianidad más evidente de los colombianos. Ha permitido el desmontaje de privilegios, la promoción de una cultura democrática fundada en la persona y sus derechos, en los valores del Estado social al adoptar el camino de la fundamentalización de algunas manifestaciones de los derechos sociales y económicos y aun de otros derechos colectivos, bajo las reglas de su conexidad con los derechos fundamentales y las del mínimo vital que se han proyectado en materia de protección de los derechos a la salud, a la seguridad social y a la remuneración mínima, vital y móvil. Ha ahondado en el abandono de la idea de subordinación del ciudadano al poder *per se*, ya sea público o privado. Después de casi 20 años de vida de la Constitución colombiana, la acción de tutela ha sido, sin duda, el mecanismo más importante consagrado por ella en materia de defensa de los derechos fundamentales y el más cercano a los ciudadanos tal y como puede extraerse de las estadísticas que en el 2010 dio a conocer el Consejo Superior de la Judicatura, mismas que señalan que desde la entrada en vigencia de la Constitución, cuatro millones de acciones de tutelas han sido instauradas en los distintos despachos judiciales del país, convirtiéndose así en la acción más utilizada por los colombianos. Tutelas sobre temas muy disímiles: situación de presos, homosexualismo, quejas de estudiantes, tragedia de los desplazados, peticiones de pensión y salud, derechos de los trabajadores, alcance de la libertad de información, etcétera, representan el día a día del ejercicio de este instrumento de amparo.

No obstante, el reconocer la importancia jurídica, social o histórica de la acción de tutela en Colombia no puede significar abstraerse tercamente de algunas de las duras realidades que su instauración ha supuesto en la práctica. La tutela, al ser intuita por los ciudadanos como una garantía eficaz, expedita y desprovista de formalidades, ha relegado e incluso deslegitimado el sistema de acciones ordinarias ya sean civiles o administrativas, por su lentitud, complejidad e ineficacia. A la congestión que esto ha supuesto, muchos le achacan también una preocupante desarticulación institucional y una grave inseguridad jurídica. Sin embargo, lo cierto es que, sin desmentir la realidad “traumática” en cierta medida que ha supuesto la instauración de la tutela y las competencias del Tribunal Constitucional, resultaría totalmente incierto culpabilizar a la tutela, sin reconocer que más bien ella se ha constituido en la a veces problemática solución a un sistema de justicia ineficaz.

### 3. Régimen constitucional y legal de la acción de tutela colombiana

#### A) *Consagración constitucional*

La acción de tutela se encuentra consagrada en el artículo 86 de la Constitución colombiana de 1991.

Artículo 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

Partiendo del contenido de este artículo, podemos definir la acción de tutela como una “acción judicial subsidiaria, residual y autónoma, dirigida a permitir el control constitucional de las acciones u omisiones de todas las autoridades públicas y excepcionalmente de los particulares”, pudiendo ser interpuesta “por cualquier persona para la defensa pronta y efectiva de los derechos fundamentales cuando ello resulte urgente para evitar un perjuicio irremediable o cuando no exista otro medio de defensa judicial que sirva para tales efectos”.<sup>7</sup>

La misma Corte Constitucional ha señalado que la acción de tutela es una institución procesal prevista para proteger los derechos fundamentales de las personas cuando sean o puedan ser vulnerados por parte de una autoridad pública y excepcionalmente, ciñéndose a ciertos supuestos, podrá también inter-

<sup>7</sup> BOTERO MARINO, CATALINA. *La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano*, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla-Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá, d.c., 2006, pp. 11 y 12.

ponerse contra personas privadas (oponibilidad de los derechos fundamentales frente a particulares).

Igualmente, queda claro que el juez constitucional debe en estos casos administrar justicia de manera expedita en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, dictando las órdenes que considere pertinentes para salvaguardar y proteger los derechos fundamentales de las personas.

Respecto a la competencia para conocer de la acción de tutela, el artículo 241, numeral 9, de la Constitución, señala que:

A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:

9o. Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales.

*b) Régimen del Decreto Extraordinario o de facultades extraordinarias  
No. 2591 del 19 de noviembre de 1991*

Este Decreto representa, en sentido material, la regulación del trámite de la acción de tutela. Hay varios temas relevantes que podrían mencionarse de forma extensa en este escrito, pero dadas las características y máxima extensión permitida para el mismo, resulta imposible hacerlo. Valga la pena, en todo caso, reseñar a grandes rasgos sólo algunos: sus principios y objeto; los derechos objeto de tutela; las reglas de interpretación de los derechos objeto de tutela; cuándo procede la acción y cuáles son sus causales generales de improcedencia; las reglas generales en materia de competencia y las condiciones de procedencia de la acción para activar su oponibilidad frente a particulares. Por otra parte y específicamente en el penúltimo artículo del *Decreto*, el 54, se ordena a las instituciones educativas el estudio de la *acción de tutela*, lo cual resulta especialmente importante, no sólo porque con ello se cumple directamente una disposición también constitucional (artículo 41), sino también porque la tutela así cumple su función de generación de cultura democrática.

Ampliando brevemente algunos de los contenidos del Decreto, podemos decir respecto al objeto, por ejemplo, que éste, siguiendo lo establecido por el artículo 86 de la Constitución, es desarrollado en el artículo 1o. señalando que “toda persona tendrá derecho a la acción de tutela para reclamar ante los jueces en todo momento y lugar”, agregando a lo ya dispuesto constitucionalmente, que para interponerla “todos los días y horas son hábiles”. El mismo artículo 1o. agrega

un dato importante, más si se coloca en el contexto histórico político colombiano: “La acción de tutela procederá aún bajo estados de excepción”. En este sentido, el mismo artículo aclara que “Cuando la medida excepcional se refiera a derechos, la tutela se podrá ejercer por los menos para defender su *contenido esencial*, sin perjuicio de las limitaciones que la Constitución autorice y de lo que establezca la correspondiente ley estatutaria de los estados de excepción” (las cursivas son nuestras).

Los artículos 2o. y 4o. del Decreto refieren a los derechos objeto de tutela y su interpretación, los cuales serán desarrollados de forma independiente y más ampliamente en el numeral 3.B de este escrito.

En cuanto a los *principios* a los que se debe ceñir el *trámite* de la acción de tutela, éstos vienen reflejados en el artículo 3o. del Reglamento en cuestión. Éste (el trámite), por tanto, “se desarrollará con arreglo a los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia”.

En lo que se refiere a las *causales generales de improcedencia*, resultan una suerte de desarrollo de la característica de subsidiariedad de la misma. Se trata pues, según el artículo 6o. del Decreto, de concretar la exigencia de supeditación del ejercicio de la acción a la inexistencia de otro medio de defensa judicial, regla o principio éste que encuentra sólo una excepción: que la acción busque evitar la consumación de un perjuicio irremediable. Además de las 5 causales señaladas en este artículo, existe otra indicada en el artículo 38, que viene a decretar el rechazo de la acción “Cuando, sin motivo expresamente justificado, la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales”.

Las *reglas generales de competencia* vienen señaladas en el artículo 37 del Decreto 2591. En él se señala que conocerán de la acción de tutela, a prevención y en primera instancia, los jueces con jurisdicción en el lugar donde ocurre la violación o amenaza del derecho fundamental.

Como esta regla abrió la posibilidad de existencia de varios jueces competentes simultáneos en un solo lugar, se expidió el *Decreto Reglamentario 306 de 1992, modificado luego por el Decreto 1382 de 2000*, “mediante los cuales se establecen reglas para el reparto de la acción de tutela”, con el que se regulan las competencias de los jueces para recibir y tramitar las demandas de tutela.

Así pues, la Constitución —y los decretos reglamentarios que desarrollan el tema competencial de la acción— asignan a todos los jueces de la República<sup>8</sup> la competencia para conocer acciones de tutela y asigna a la Corte Constitucional colombiana, en aras de garantizar la igualdad y seguridad jurídica, la función

<sup>8</sup> Sólo se exceptúan los jueces penales militares, la jurisdicción especial indígena y los jueces de paz.

de unificar la jurisprudencia constitucional. Esto enmarca a la acción de tutela dentro de un sistema de control constitucional mixto, ciertamente complejo y algo abigarrado, pero que permite un amplio acceso a la justicia por parte de todos los ciudadanos en busca de garantizar los derechos constitucionales.

#### 4. Características de la acción de tutela

Como antes señalamos, la acción de tutela posee ciertas características cuya descripción nos permitirá simultáneamente analizar sus aspectos procesales. La acción de tutela colombiana es subsidiaria o residual, específica, inmediata, sencilla o informal, eficaz, preferente y sumaria.

##### A) *Subsidiaria*

La subsidiariedad, además de ser una característica de la acción, constituye una causal de improcedencia de radical importancia. Desde esta perspectiva, se confirma que la finalidad de la acción de tutela no es la de sustituir medios judiciales existentes, sino por el contrario, garantizar su agotamiento. Por tanto, si el juez llegase a identificar la existencia de algún medio judicial pertinente para la protección del derecho, debe declarar la improcedibilidad de la acción de tutela. No obstante, se ha previsto una excepción a dicha regla que coloca en cabeza del juez competente el deber de analizar, caso por caso, no sólo la existencia o no de medios judiciales alternativos, sino además, su idoneidad y eficacia para proteger el derecho amenazado o vulnerado. Teniendo en cuenta que de lo que se trata es de proteger efectivamente los derechos fundamentales, si dicha idoneidad<sup>9</sup> y eficacia quedan en entredicho, se activaría la excepción, siempre y cuando se cumpla otra condición: que el perjuicio sea *irremediable*. Si se cumpliesen estas dos premisas, el amparo constitucional resultaría procedente. En síntesis, podríamos decir que aun existiendo otro medio judicial alternativo, la acción de tutela puede utilizarse como mecanismo transitorio (artículo 8o. del Decreto 2591/91), siempre que aquél no resulte idóneo y eficaz para evitar un perjuicio calificado de *irremediable*. Esta irremediabilidad, según la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, sólo puede darse por existente cuando el perjuicio sea inminente, urgente, grave e impostergable.<sup>10</sup>

<sup>9</sup> Según jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana, se entiendo por idóneos, los recursos ordinarios y extraordinarios de defensa judicial. Sentencias c-543/93; T-327/94; T-054/03.

<sup>10</sup> En efecto, la Corte Constitucional, a través de su jurisprudencia, ha señalado que por *perjuicio irremediable* se en-

Valga la pena aclarar también, que cuando esta utilización excepcional de la acción de tutela es procedente —como mecanismo transitorio— y la solicitud de protección hecha por el demandante prospera, por una parte nace la obligación a cargo del mismo de instaurar dentro de los cuatro meses siguientes al fallo de tutela, la acción judicial ordinaria respectiva, de lo cual se deduce por otra, que el fallo del juez de tutela permanecerá vigente “sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado”.<sup>11</sup>

### *b) Especificidad de la acción de tutela y derechos objeto de tutela*

De la misma forma que desde la descripción de la subsidiariedad como característica de la acción de tutela fue posible analizar algunas causales de improcedencia del trámite que la sustancia, de la descripción de la especificidad como característica de la misma, podremos analizar los derechos objeto de este amparo constitucional. Así pues, del hecho de que la acción de tutela sólo se oriente a la protección de una clase particular de derechos, se deduce su carácter específico.

La primera aproximación posible para conocer cuáles son los derechos “específicos” cuya protección persigue la acción de tutela, la encontramos nuevamente en lo establecido en la Constitución colombiana.

En su artículo 86, puntualmente en su inciso 1, indica que “Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces [...], la protección inmediata de sus *derechos constitucionales fundamentales* [...]” (las cursivas son nuestras).

Por su parte, en el artículo 85 se establecen cuáles son los derechos fundamentales que son de aplicación inmediata, remitiendo a los artículos 11 (derecho a la vida); 12 (integridad personal); 13 (derecho a la igualdad); 14 (reconocimiento de la personalidad jurídica); 15 (derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, habeas data); 16 (al libre desarrollo de la personalidad);

---

tiende aquel que es *inminente, urgente, grave e impostergable*. *Inminente* es aquel “que amenaza o está por suceder prontamente”. El perjuicio adquiere la calidad de *urgente* cuando por su naturaleza obliga al juez a dar una “respuesta proporcionada a la prontitud”. Respecto a la gravedad del perjuicio, ésta se refiere a la “gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona”. Finalmente, el perjuicio es *impostergable* cuando exige del juez dar una “respuesta adecuada, oportuna y eficaz para restablecer el derecho”. Corte Constitucional, sentencias T-225/93; T-202/94; T-640/96; SU-039/97; T-173/97; T-269/97; T-504/00; T-859/03; T-222/04; T-401/04; T-827/04. Por su parte, el Decreto 2591 de 1991, en su artículo 6o., numeral 1, inciso final, definía el *perjuicio irremediable* como aquel que sólo *podía ser reparado mediante indemnización*. Dicha disposición fue declarada inconstitucional por parte de la Corte Constitucional.

<sup>11</sup> CUENTES MUÑOZ, EDUARDO. “La acción de tutela en Colombia”, en *Ius et Praxis*, año 3, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Talca, Chile, 1997, pp. 165-174. Véase también en este sentido sentencias de la Corte Constitucional C-543/93; T-327/94; T-054/03.

17 (derecho a la libertad en todas sus formas); 18 (a la libertad de conciencia); 19 (a la libertad de cultos); 20 (derecho de expresión y de información); 21 (a la honra y al buen nombre); 23 (derecho de petición); 24 (de libre circulación); 26 (a la libertad de escoger profesión y oficio); 27 (libertad de enseñanza, aprendizaje investigación y cátedra); 28 (derecho de libertad salvo mandamiento escrito de autoridad judicial competente); 29 (al debido proceso); 30 (*habeas corpus*); 31 (a apelación o consulta de las sentencias judiciales); 33 (a no declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil); 34 (a no ser sometido a las sanciones de destierro, prisión perpetua o confiscación); 37 (a las libertades de reunión y manifestación) y 40 (derechos políticos).

La Constitución igualmente hace referencia a los derechos objeto de tutela en su artículo 94. En él se establece que “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes no debe entenderse como negación *de otros* que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos” (las cursivas son nuestras). Se trata aquí de los llamados derechos fundamentales *innominados*, los cuales analizaremos más adelante.

Pasando al reglamento de la acción de tutela, el Decreto 2591 de 1991, en su artículo 2o., disponía que “La acción de tutela garantiza los derechos constitucionales fundamentales. Cuando una decisión de tutela se refiera a un derecho no señalado expresamente por la Constitución como fundamental, pero cuya *naturaleza* permita su tutela para casos concretos, la Corte Constitucional le dará prelación en la revisión de esta decisión”.

Sin embargo, dicho artículo, al igual que los numerales 1, 2 y 9 del artículo 42 de este Decreto (que señalaban expresamente los derechos constitucionales que podían reclamarse por vía de tutela contra las actuaciones de los particulares) fueron declarados inexecutable por parte de la Corte Constitución mediante las sentencias c-018/93 y c-134-94.

En definitiva, puede afirmarse que a diferencia de otras Constituciones latinoamericanas como la venezolana (artículo 27), la ecuatoriana (artículo 88) y la boliviana (artículo 128) —también enmarcadas dentro del nuevo constitucionalismo latinoamericano— y que hacen objeto de sus instituciones de amparo la totalidad de los derecho constitucionales, la Constitución colombiana no resulta tan explícita respecto a cuáles son los derechos objeto de acción de tutela. En buena medida la labor de definir la fundamentalidad de los derechos para que puedan considerarse objeto de la tutela constitucional, le ha correspondido a la Corte Constitucional.

Remitiéndonos a una de las sentencias más emblemáticas de la Corte en este sentido, esta institución

[...] no ha dado una respuesta inequívoca sobre el concepto de derechos fundamentales. Su postura ha oscilado entre la idea de que se trata de derechos subjetivos de aplicación inmediata y la esencialidad e inalienabilidad del derecho para la persona. Entre estos dos extremos se han presentado varias posturas teóricas. De la línea dogmática de la Corte Constitucional no es posible establecer un concepto claro y preciso de derecho fundamental. Ello no quiere decir que esta línea deba ser abandonada, sino que exige su sistematización, pues la Constitución no define qué se entiende como derechos fundamentales y, por otro lado, autoriza reconocer como tales, derechos no positivizados. A partir de dicho análisis es posible recoger la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el concepto de derechos fundamentales, teniendo como eje central la dignidad humana, en tanto que valor central del sistema y principio de principios. Será fundamental todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo. Es decir, en la medida en que resulte necesario para lograr la libertad de elección de un plan de vida concreto y la posibilidad de funcionar en sociedad y desarrollar un papel activo en ella. Tal necesidad no está determinada de manera apriorística, sino que se define a partir de los consensos (dogmática del derecho constitucional) existentes sobre la naturaleza funcionalmente necesaria de cierta prestación o abstención (traducibilidad en derecho subjetivo), así como de las circunstancias particulares de cada caso (tópica).<sup>12</sup>

Partiendo, pues, de una interpretación histórica, sistemática y axiológica, la Corte Constitucional colombiana ha adoptado el criterio según el cual la carta constitucional colombiana estableció una suerte de “catálogo abierto de derechos fundamentales”<sup>13</sup> en contraposición a un listado taxativo de derechos, el cual restringiría el ámbito de protección del amparo constitucional a los derechos contemplados expresamente en el capítulo 1 del título II que lleva por título *De los derechos fundamentales*, lo cual resultaría imposible al menos por 2 razones:

- a) Por una parte, dicho capítulo contempla derechos que no obstante estar ubicados en él, dada su naturaleza, contenido y estructura, o no pueden calificarse como “fundamentales” en el sentido de su judiciabilidad

<sup>12</sup> Sentencia T-227/2003. Magistrado ponente: Eduardo Montealegre. Véanse también sentencias T-002/92; T-406/92. Asimismo, consultar CHINCHILLA HERRERA, TULIO ELÍ. *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?*, Temis, Bogotá, 1999, pp. 55 y 92.

<sup>13</sup> Sobre la diversas posturas constitucionales en cuanto a los catálogos de derechos fundamentales contemplados en ellas, véase ROLLA, GIANCARLO. *Derechos fundamentales. Estado democrático y justicia constitucional*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2002.

a través de la tutela, o no pueden ser protegidos sin desarrollo normativo previo. Puntualmente, los artículos 22 (paz), 25 (trabajo), 32 (derecho de aprehender a un delincuente en situación de flagrancia), 35 (prohibición de extradición por delitos políticos o por hechos preconstitucionales), 36 (asilo), 38 (asociación) y 39 (sindicación), del capítulo 1 del título II (De los derechos fundamentales) no son de aplicación inmediata y por tanto aunque están dentro del capítulo de los derechos fundamentales no son automáticamente objeto de la acción de tutela. El caso más ejemplificante lo encontramos en el derecho a la paz consagrado en el artículo 22 de la Carta. Respecto a este derecho, la Corte, sin menospreciar la trascendencia de mismo dentro del ordenamiento constitucional colombiano, reconoce que al ser imposible individualizar su ejercicio o derivar del mismo derecho o deberes específicos por parte del juez de tutela “no se trata de un derecho fundamental, por lo cual no tiene reserva de ley estatutaria”.<sup>14</sup>

- b) La segunda razón fundamental que confirma que la Constitución colombiana establece un catálogo abierto de derechos tutelables y no un listado cerrado y restringido a los derechos recogidos en el capítulo 1 del título II, es que en el mismo texto constitucional —pero fuera del capítulo 1 del título II— se fundamentalizan otros derechos. Es el caso de los derechos consagrados en el artículo 44, colocados en cabeza específicamente de los niños y que sólo son fundamentales en la medida en que protegen a los mismos por expreso mandato constitucional. Así, se consideran fundamentales, por ejemplo, el derecho a “tener una familia y no ser separados de ella”, al “cuidado” y al “amor”.

A raíz de esto, nos parece pertinente, dadas las características de síntesis que exige este escrito, la selección que Catalina BOTERO MARINO realiza en su libro de 6 criterios de fundamentalidad de los derechos a partir del análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional.<sup>15</sup> Sin pretender involucrar en ellos todos los criterios posibles o la mixtura que proponen algunos derechos, respecto de los mismos la escritora propone los siguientes:

- 1) Derechos de aplicación inmediata, que son aquellos enunciados expresamente en el artículo 85 de la carta.
- 2) Derechos subjetivos contenidos en el capítulo 1 del título II de la carta, siempre y cuando su estructura y contenido permitan la aplicación de su

<sup>14</sup> Corte Constitucional, sentencias T-008/92, C-055/95 y C-339/98.

<sup>15</sup> BOTERO MERINO, CATALINA. *op. cit.*, pp. 15 y ss.

inmediatez judicial (se exceptúa el derecho a la paz, como ya se dijo) o su contenido haya sido desarrollado de forma independiente a través de una ley destinada a ello (derecho de asilo, por ejemplo).

- 3) Derechos fundamentales por expreso mandato constitucional (es el caso de los derechos fundamentales de los niños).
- 4) Derechos que integran el bloque de constitucionalidad (*strictu sensu*).
- 5) Derechos innominados.
- 6) Derechos fundamentales por conexidad.

Como ya hemos dejado referenciados los tres primeros sólo haremos referencia al 4o., 5o. y 6o. tipos de derechos fundamentales.

*a. Los derechos fundamentales que integran el bloque de constitucionalidad (strictu sensu)*

Las referencias al bloque de constitucionalidad, ya fuera en sentido estricto o amplio, no aparecen en la jurisprudencia de la Corte Constitucional hasta 1995. Fue sólo hasta entonces que la Corte empezó a legitimar ciertas normas y principios supranacionales (referidos a la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario) que por encontrarse incorporados en la *carta* de forma tácita o expresa servían como parámetros de control constitucional. Así, a partir de la interpretación de los artículos 9o., 53, 93, 94 y 214 de la Constitución,<sup>16</sup> la Corte Constitucional empezó a construir dicho bloque, consolidándose finalmente en 1998 en la sentencia c-191/98.

El bloque de constitucionalidad en sentido estricto se refiere a aquellas normas y principios que aparezcan o no directamente en la Constitución, poseen

<sup>16</sup> El artículo 9o. reconoce que las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto por la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia. El artículo 53 declara que "los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna". El artículo 93, en su inciso primero, contiene el bloque de constitucionalidad en sentido estricto, dando prevalencia cuando se declaran estados de excepción, a "Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación" en el orden interno. En la segunda parte de dicho artículo, se deja expresado el bloque amplio constitucional cuando se señala que "Los derechos y deberes consagrados en esta Carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia". El artículo 94 por su parte, establece que "La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos". Finalmente, el artículo 214, que al regular los estados de excepción dice en su numeral 2: "No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario".

su misma fuerza vinculante.<sup>17</sup> Está compuesto entonces por los principios directamente establecidos en el texto constitucional, por las normas que consagran derechos que hacen parte de tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia, que no pueden ser suspendidos en estados de excepción y las normas del derecho internacional humanitario.

El bloque de constitucionalidad *lato sensu* se refiere a normas de diversa jerarquía que por lo general no son susceptibles de amparo constitucional. Su utilidad viene dada por su labor interpretativa meramente instrumental para el análisis de disposiciones constitucionales y para desarrollar el control de constitucionalidad de las leyes. Al ser de jerarquía diversa no discuten la eficacia de las normas de rango constitucional ni consagran derechos fundamentales tutelables en principio. Un ejemplo claro de esta clase de normas son los tratados de límites fronterizos (CP, artículo 101) o las leyes orgánicas y estatutarias.

### *b. Derechos fundamentales innominados*

En virtud del artículo 94 de la Constitución, la enunciación de los derechos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales no debe entenderse como negación de otros que, “siendo inherentes a la persona”, no se encuentren expresamente contemplados.

Por su parte, el artículo 20. del decreto 2591, ordena a la Corte Constitucional dar prelación a la revisión de sentencias de tutela referidas a derechos no señalados expresamente en la Constitución como fundamentales.

Se trata de derechos como la dignidad humana,<sup>18</sup> el mínimo vital,<sup>19</sup> la seguridad personal frente a riesgos extraordinarios<sup>20</sup> y la estabilidad laboral reforzada de sujetos de especial protección constitucional,<sup>21</sup> todos ellos reconocidos por la Corte Constitucional en ejercicio de su función de intérprete supremo de la Constitución.

<sup>17</sup> Arango Olaya, Mónica. “El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana”, *Precedente, Anuario Jurídico 2004*, Centro de Investigaciones Sociojurídicas, Universidad Icesi, Cali, Colombia, 2008.

<sup>18</sup> Corte Constitucional, sentencias T-881/02; T-881/02; T-881/02.

<sup>19</sup> La Corte ha definido en sentencia T-011/98 el mínimo vital como “los requerimientos básicos indispensables para asegurar la digna subsistencia de la persona y su familia, no solamente en lo relativo a alimentación y vestuario sino en lo referente a salud, educación, vivienda, seguridad social y medio ambiente, en cuanto factores insustituibles para la preservación de una calidad de vida que, no obstante su modestia, corresponde a las necesidades más elementales del ser humano”. También véanse sentencias: T-426/92; T-263/97; T-1103/00; T-005/95; T-500/96; T-289/98; T-426/92; T-011/98.

<sup>20</sup> Corte Constitucional, sentencia T-719/03.

<sup>21</sup> Corte Constitucional, sentencias C-470/97; T-576/98; T-689/04; C-470/97; T-1328/01; T-203/04; T-792/04; T-519/03; T-689/04; T-530/05; C-470/97; T-925/04; T-519/03; T-469/04; T-934/05.

Estaríamos pues frente a derechos básicos e interdependientes, necesarios para garantizar las mínimas condiciones de respeto del derecho a la vida y como tales, “inherentes a la persona humana”. Así, según la Corte, dicha naturaleza, junto a su relación con el derecho internacional de los derechos humanos, permite su amparo preferente.

### *c. Derechos fundamentales por conexidad*

Nuevamente encontramos sustento para la viabilidad de la acción de tutela respecto a estos derechos, en los artículos 94 de la carta constitucional y 2o. del decreto 2591 de 1991.

La Corte Constitucional colombiana, con base en ellos, ha considerado que la acción de tutela también opera o es procedente –aunque de manera excepcional– para la protección de *derechos constitucionales o legales que no ostenten el rango de fundamentales*, siempre y cuando guarden una especial relación de conexidad y una dependencia directa con otro(s) de carácter fundamental. Así, aunque un derecho no ostente *en sí mismo el carácter de fundamental*, si de su vulneración un auténtico derecho fundamental se pudiera ver afectado, la oponibilidad de la tutela se activa.

Esto supone alcances realmente trascendentes para algunos derechos tradicionalmente vistos y catalogados como no judicializables. Los derechos económicos, sociales y culturales previstos en el capítulo 2 del título II de la carta, o los derechos colectivos consagrados en el capítulo 3 del título II de la Constitución (cuyo contenido prestacional no exige en principio del Estado, más que ser desarrollados de manera progresiva), empiezan a ser objeto de tutela constitucional, siempre y cuando se demuestre que su vulneración se encuentra en estrecha relación con la de un derecho fundamental.<sup>22</sup>

Puede decirse entonces, como lo señala Julio César ORTIZ,<sup>23</sup> que en Colombia se ha dado un proceso de fundamentalización de los derechos sociales en el que la Corte Constitucional a través de su jurisprudencia ha protegido derechos sociales de rango constitucional, fundamentándose en su conexidad con los derechos fundamentales –sobre todo derechos innominados como la dignidad

<sup>22</sup> “Los derechos fundamentales por conexidad son aquellos que no siendo denominados como tales en el texto constitucional, sin embargo, les es comunicada esta calificación en virtud de la íntima e inescindible relación con otros derechos fundamentales, de forma que si no fueron protegidos en forma inmediata los primeros se ocasionaría la vulneración o amenaza de los segundos”. Corte Constitucional, sentencia T-571/92.

<sup>23</sup> ORTIZ GUTIÉRREZ, JULIO CÉSAR. “Los derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional de Colombia. Una aproximación a la jurisprudencia de la corte constitucional”, en *Derecho constitucional para el siglo XXI. Actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Aranzadi, España, 2006, p. 50.

humana o el mínimo vital—, protegiendo a la postre de esta forma el contenido básico de algunos derechos económicos y sociales y creando un medio idóneo para el logro de la igualdad sustancial o “real y efectiva derechos”. Derechos como la salud,<sup>24</sup> la seguridad social o la remuneración mínima, vital y móvil y la efectividad de otros derechos fundamentales, como las libertades civiles y políticas, dan buena muestra de ello.

De igual forma, y siguiendo también las reglas de la conexidad, la Corte Constitucional también ha extendido por vía jurisprudencial los alcances de la acción de tutela a otros derechos constitucionales como los colectivos y del ambiente.<sup>25</sup>

#### *d. Derechos más invocados a través de la acción de tutela*

Según estudios de la Defensoría del Pueblo colombiana, para 2003 los derechos de petición, salud y vida, individualmente, registraron entre 51,000 y 53,000 tutelas presentadas. Esta tendencia fue variando a lo largo de los años subsiguientes convirtiéndose el derecho a la salud en el más invocado (superando a los de petición y a la vida). Para 2006 —por sí solo— la protección del derecho a la salud supuso la presentación de 99,229 acciones de tutela, cifra que se consolidó en 2007 y 2008, superando en 30,000 tutelas al de derecho de petición, lo que supone un incremento de 275% entre los años 2003 y 2008.

También los derechos al debido proceso y la defensa han experimentado un aumento significativo como objeto de acción de tutela, pasando de 23,920 en 2003, a 44,364 en 2008. Por su parte, los derechos económicos, sociales y culturales presentan igual tendencia al alza, pasando de 19,239 tutelas presentadas para su defensa en 2003, a 77,268 en 2008.<sup>26</sup>

#### *c) Características de preferente, sumaria y eficaz de la acción de tutela*

88

Hasta aquí hemos hablado de dos características de la acción de tutela, que a su vez nos han permitido desarrollar su procedibilidad (la acción de tutela es subsidiaria) y los derechos objeto de la misma (cuando hablamos de su especificidad). Ahora bien, la acción de tutela además de subsidiaria y específica es preferen-

<sup>24</sup> Corte Constitucional, sentencias T-344/99; T-457/01.

<sup>25</sup> Corte Constitucional, sentencias su-1116/01; T-771/01; T-123/99; su-442/97; T-028/94; T-226/95; su-1116/01.

<sup>26</sup> POVEDA, XIMENA y RAMÍREZ, NÉSTOR. *Principales derechos invocados en las acciones de tutela en Colombia: 2003-2008*, Corporación Excelencia en la Justicia. Disponible en: <http://www.cej.org.co/justiciometros/2189-principales-derechos-invocados-en-las-acciones-de-tutela-en-colombia-2003-2008>.

te, sumaria y eficaz. Preferente porque el juez debe tramitarla con prelación a cualquier otro asunto de su competencia y dentro de unos plazos perentorios e improrrogables. La excepción a esta regla sólo la encuentra el juez de tutela en la tramitación de la acción de *habeas corpus*. Es sumaria por la brevedad exigida en su procedimiento, y es eficaz porque indefectiblemente exige del juez un pronunciamiento de fondo, esto es, concediendo o denegando el amparo del derecho reclamado.

La regulación constitucional de estas características se localiza nuevamente en el artículo 86 de la Constitución colombiana, incisos 1 y 3. Inciso 1: “Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario”, e inciso 3: “En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución”.

Por su parte, el Decreto 2591 de 1991 en su artículo 1o. refleja esta preferencia y sumariedad agregando en su artículo 3o. “el trámite de la acción de tutela se desarrollará con arreglo a los principios de economía, celeridad y eficacia”.

Ahora bien, aunque el trámite deba ser breve, sumario e informal, esto no puede suponer para el juez —desde ningún punto de vista— la posibilidad de fallar sin recaudar primero material probatorio sobre el cual sostener su fallo. Si bien el artículo 22 del Decreto 2591 de 1991 prevé que tan pronto el juez “llegue al convencimiento respecto de la situación litigiosa, podrá proferir el fallo sin necesidad de practicar las pruebas solicitadas”, no se puede colegir de allí que se pueda “conceder o negar la protección pedida sin que medie prueba, por lo menos sumaria, de los hechos alegados o de aquellos que sean relevantes para fundar el fallo”.<sup>27</sup>

## 5. Legitimación activa y pasiva

### A) *Legitimación activa*

El artículo 86 de la Constitución señala que “*Toda persona* tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces [...] la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales [...]” (las cursivas son nuestras).

A tenor de lo anterior, la acción de tutela da una legitimidad activa amplia reflejada a su vez en el Decreto 2591 de 1991 en su artículo 10, aunque de forma más matizada.

<sup>27</sup> Corte Constitucional, auto 060/96.

Según este Decreto, la acción de tutela puede ser ejercida “por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante”, agregando que en este evento específico “los poderes se presumirán auténticos”. A continuación, el mismo artículo 10 indica que “También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa”, para terminar señalando que cuando esta circunstancia ocurra deberá manifestarse así en la solicitud. Igualmente, en dicho artículo se les otorga legitimidad activa al *defensor del pueblo* y los personeros municipales (representantes de la Defensoría a nivel local).

En síntesis, la acción de tutela colombiana puede ser interpuesta por:

- a) Cualquier persona natural ante la vulneración o amenaza de sus derechos fundamentales. Se trata pues del ejercicio directo de la acción que no depende del cumplimiento de ninguna condición subjetiva (edad,<sup>28</sup> formación, nacionalidad,<sup>29</sup> origen raza).<sup>30</sup>
- b) Personas jurídicas a través de representante legal.<sup>31</sup>
- c) Abogado titulado en calidad de apoderado judicial (en tal caso debe adjuntar el poder correspondiente).<sup>32</sup>
- d) Agente oficioso que actúe en nombre de una persona determinada que no esté en condiciones de promover su propia defensa, circunstancia que debe manifestarse en la solicitud y acreditarse procesalmente.<sup>33</sup>
- e) *Defensor del pueblo* (como parte del Ministerio público colombiano) o los personeros municipales,<sup>34</sup> en nombre de cualquier persona que se lo solicite, o en nombre de la persona que según su juicio se halle en condiciones de desamparo o de indefensión, sin perjuicio del derecho que le asiste a los interesados.

En este último caso, el *defensor* es, junto con el agraviado, la parte procesal de la demanda. El defensor tiene adicionalmente el deber de representar a los colombianos que residan en el exterior y cuyos derechos constitucionales fundamentales estén siendo violados o amenazados por una autoridad pública de la República para interponer acción de tutela. El *defensor del pueblo* puede delegar

<sup>28</sup> Corte Constitucional, sentencias T-079/94 T-090/94; T-378/94.

<sup>29</sup> Corte Constitucional, sentencias T-380/98, T-269/08.

<sup>30</sup> Corte Constitucional, sentencia T-459/92.

<sup>31</sup> Corte Constitucional, sentencias T-445/94; T-573/94; T-133/95; T-142/96; T-201/96; T-238/96; T-462/97.

<sup>32</sup> Corte Constitucional, sentencias T-550/93, T-572/93, A. 025/94, T-066/94, T-293/94, T-314/95.

<sup>33</sup> Corte Constitucional, sentencias T-419/01, T-271/06, T-679/07 T-647/08.

<sup>34</sup> Corte Constitucional, sentencia T-420/97.

expresamente en los personeros municipales (nivel local) la facultad de interponer las acciones de tutela pertinentes, o hacerse representar en dichas causas.

*b) Legitimación pasiva y actos impugnables mediante acción de tutela*

El artículo 86 de la Constitución y su Decreto reglamentario (artículo 5o.), señalan con total claridad que toda persona que vea afectados sus derechos fundamentales —o de similar naturaleza— por la acción o la omisión de una autoridad pública<sup>35</sup> o —en determinadas condiciones—, por la conducta de un particular o de una organización privada, podrá utilizar la acción de tutela. Por tanto, son las autoridades públicas y los particulares —excepcionalmente— los sujetos pasivos del amparo constitucional contemplado en la Constitución colombiana.

*a. Autoridades públicas*

La acción de tutela se concibe en la Constitución colombiana como el medio judicial por excelencia para proteger a los ciudadanos del uso arbitrario del poder público cuando dicho uso afecte sus derechos fundamentales.

Como ya señalamos, se puede dar por acciones del poder público o por omisiones del mismo. En el primer caso, la “orden” judicial de la que habla el artículo 86 será la de abstención, mientras que en el segundo se exigirá una actuación por parte de la autoridad correspondiente.

Igualmente y como ya lo indicamos, la acción de tutela no sólo opera ante una efectiva vulneración del derecho por parte de las autoridades públicas, sino que basta que las mismas generen una situación que configure una amenaza para el derecho.<sup>36</sup>

El Decreto 2591 de 1991 advierte también que la acción de tutela procede contra actos de carácter particular, personal y concreto de las autoridades públicas y no contra disposiciones de orden general, impersonal y abstracto como las leyes (artículo 6o., numeral 5), ni contra los reglamentos administrativos de carácter general, pues contra ellos proceden las acciones de constitucionalidad y de nulidad. Tampoco procede la acción de tutela contra acciones u omisiones

<sup>35</sup> Corte Constitucional, sentencia T-449/08.

<sup>36</sup> “Para que se configure la hipótesis jurídica de una amenaza a los derechos fundamentales se requiere la confluencia de elementos subjetivos —convicción íntima de la existencia de un riesgo o peligro— como objetivos —condiciones fácticas que razonablemente permitan inferir la existencia de un riesgo o peligro—. Corte Constitucional, sentencia T-308/93. En este sentido, véanse también sentencias: T-349/93, T-096/94, T-125/94, T-403/94, T-460/96, T-1206/01.

que hayan producido hechos o daños consumados<sup>37</sup> y respecto de las cuales, la acción de tutela no pueda generar sus efectos inmediatos, cautelares y preventivos. La acción de tutela, en conclusión, no tiene naturaleza reparatoria, restaurativa o indemnizatoria.<sup>38</sup>

Es importante resaltar que no es necesario que acción u omisión vulneratoria del derecho y proveniente de la autoridad pública se haya manifestado en un acto jurídico de carácter escrito. Puede tratarse de manifestaciones u omisiones informales al no tener que venir revestidas de formalidad alguna.<sup>39</sup>

Igualmente —aunque de manera excepcional— el amparo procede contra providencias judiciales por vías de hecho de los funcionarios judiciales. La Corte reiteradamente lo ha señalado así, extendiendo las garantías del amparo constitucional a las vulneraciones que dichas providencias puedan generar sobre los derechos fundamentales de todas las personas cuando el juez o el tribunal y la Alta Corte correspondiente actúen por fuera de sus competencias o desconozcan el contenido sustancial de las disposiciones constitucionales relacionadas con los derechos fundamentales.<sup>40</sup>

### *b. Particulares*

El artículo 86 de la Constitución colombiana y su Decreto reglamentario (artículo 42) dan procedencia también a la acción de tutela (aunque de forma excepcional) contra las acciones u omisiones ilegítimas de los particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo<sup>41</sup> o respecto de quien el accionante se encuentre en situación de subordinación o indefensión.

<sup>37</sup> Corte Constitucional, sentencias T-449/08, T-449/08, T-612/08, T-170/09.

<sup>38</sup> CIFUENTES MUÑOZ, EDUARDO. *op. cit.*, pp. 166-169.

<sup>39</sup> “La acción de tutela puede ser intentada por cualquier persona, con prescindencia de su edad, origen, raza, nivel económico, social o profesional y, por supuesto, sin que para tramitarla y decidirla sean indispensables los requisitos formales ni las fórmulas exactas y ni siquiera un escrito, por cuanto puede ser verbal”. Corte Constitucional, sentencia T-501/92. En este sentido, véanse también sentencias T-523/92; T-548/92; T-603/92; T-605/92; T-609/92; A. 012/93; A. 013/93; A. 014/93; T-091/93; T-232/93; T-349/93; A. 011/94; A. 025/94; T-143/94; A. 003/95; T-049/95; T-080/95; T-383/95; A. 010/96; T-131/96; T-162/97; A. 029/98; A. 030/98; A. 031/98; A. 062/98; T-409/98; S.V. SU. 429/98; A. 058/99; T-544/00; T-815/00; A. 206/01; T-529/01; T-1170/01; A. 003/02; A. 082/02; T-961/02; T-1043/02; T-924/03; T-1020/03; A. 130/04; A. 018/05; T-379/05; A. 099/06; A. 251/06; A. 279/07; T-317/09.

<sup>40</sup> En Colombia esta posibilidad no operó sino hasta 1993. Hasta entonces, la acción de tutela no procedería contra decisiones judiciales. Fue en seguimiento de la teoría de las vías de hecho que la jurisprudencia terminó aceptando la posibilidad de controvertir los pronunciamientos de los jueces vertidos en sentencias o en actos intermedios. Corte Constitucional, sentencias A. 010/93, A. 011/93, T-424/93, T-432/93, T-442/93, T-450/93, T-553/93, T-139/94, T-245/94, T-258/94, T-435/94, T-536/94, T-572/94, T-048/95, T-049/95, T-057/95, T-118/95, T-197/95, T-285/95, T-297A/95, T-386/95, T-416/95, T-494/95, T-086/97, T-1069/03, T-684/04.

<sup>41</sup> Corte Constitucional, sentencia T-1095/97; T-411/99.

La procedencia de la acción de tutela contra particulares representa uno de los avances más significativos de la Carta de 1991. La Corte Constitucional, en Sentencia T-251 de 1993 ya resaltó esta realidad concretando su sentido y razón de ser: controlar el ejercicio del poder privado a fin de prevenir que las supremacías privadas no se utilicen con el objeto de socavar los derechos fundamentales de las personas.<sup>42</sup>

Siguiendo la jurisprudencia de la Corte podemos decir que los casos en los que procede la acción de tutela contra particulares son:<sup>43</sup>

- 1) Cuando aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación de cualquier servicio público.<sup>44</sup>
- 2) Cuando la acción se dirija contra una organización privada, contra quien la controle efectivamente o fuere el beneficiario real de la situación que motivó la acción, siempre y cuando el solicitante tenga una relación de subordinación o indefensión con tal organización.
- 3) Cuando aquél contra quien se entabla la acción viole o amenace violar la prohibición a la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos.
- 4) Cuando la entidad privada sea aquélla contra la cual infructuosamente se hubiere hecho la solicitud en ejercicio del hábeas data.
- 5) Cuando se trate de un medio de comunicación al que se pida la rectificación de informaciones inexactas o erróneas no rectificadas o rectificadas de manera indebida.
- 6) Cuando el particular actúe en ejercicio de funciones públicas.
- 7) Cuando la solicitud sea para tutelar a quien se encuentre en situación de subordinación o indefensión respecto del particular contra el cual se interpuso la acción.<sup>45</sup> La indefensión del menor se presume.

<sup>42</sup> "Las relaciones entre los particulares discurren, por regla general, en un plano de igualdad y de coordinación. La actividad privada que afecte grave y directamente el interés colectivo, adquiere una connotación patológica que le resta toda legitimación, máxime en un Estado social de derecho fundado en el principio de solidaridad y de prevalencia del interés general. De otro lado, la equidistancia entre los particulares se suspende o se quebranta cuando a algunos de ellos se los encarga de la prestación de un servicio público, o el poder social que, por otras causas, alcanzan a detentar puede virtualmente colocar a los demás en estado de subordinación o indefensión. En estos eventos, tiene lógica que la ley establezca la procedencia de la acción de tutela contra los particulares que prevalecidos de su relativa superioridad u olvidando la finalidad social de sus funciones, vulneren los derechos fundamentales de los restantes miembros de la comunidad (c.p., artículo 86). La idea que inspira la tutela, que no es otra que el control al abuso del poder, se predica de los particulares que lo ejercen de manera arbitraria".

<sup>43</sup> Corte Constitucional, sentencias T-009/92; T-013/92; T-015/92; T-412/92; T-418/92; T-450/92; T-488/92; T-492/92; T-493/92; T-547/92; T-593/92; T-604/92; T-605/92; T-609/92; T-110/93; T-130/93; T-161/93; T-179/93; T-251/93; T-303/93; T-304/93; T-365/93; T-507/93; T-003/94; T-028/94; T-082/94; T-126A/94; C-134/94; T-162/94; T-296/94; T-534/94; T-003/95; T-024/95; T-139/95; T-226/95; T-261/95; S.V. T-333/95; T-172/97; T-202/97; T-433/98; T-277/99; T-418/99; T-524/00; T-745/02; T-482/04.

<sup>44</sup> Corte Constitucional, su.157/99; su.167/99; T-1592/00; T-578/01.

<sup>45</sup> Corte Constitucional, sentencia T-473/0.

## 6. A manera de conclusión

La carta constitucional colombiana de 1991 y la consagración que la misma hiciera de la acción de tutela son referentes claros del nuevo constitucionalismo latinoamericano. A raíz de su expedición y de la aplicación de su amparo constitucional, se ha desarrollado en Colombia una doctrina y una práctica judicial que por primera vez en la historia de este país priorizan los derechos constitucionales con efectos directos y subjetivos. En efecto, y gracias al importantísimo papel que ha jugado la Corte Constitucional colombiana, se ha dando paso a una verdadera teoría sobre los derechos constitucionales (sus tipos, clases y categorías), así como a una doctrina jurídica que propone directrices claras (sustanciales y procesales) que han hecho de la Constitución Política y de su acción de tutela, ejemplo seguido por varias naciones en esta materia.

Sin duda, la acción de tutela es el mecanismo más importante consagrado por la Constitución de 1991 en materia de defensa de los derechos fundamentales. Esto resulta evidenciado al observar que, por ejemplo, desde su instauración se han interpuesto cuatro millones tutelas en los despachos judiciales del país. De la misma forma, se observa que dicha acción ha constituido entre un 20% y 25% de los ingresos totales de procesos durante los últimos años. Sin embargo, también hay que aceptar que, como suele ocurrir con todo cambio de paradigma fundamental en un sistema jurídico (el colombiano no es la excepción), esta transformación no ha sido pacífica, pero estos aspectos sería propicio desarrollarlos a fondo en otro documento destinado a exclusivamente a ello. ■